

## Entscheidungsanmerkung

### Nutzungsausfallschaden bei mangelhafter Kaufsache

**Den infolge der Lieferung einer mangelbehafteten Sache entstandenen Schaden kann der am Vertrag festhaltende Käufer nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen. (Amtlicher Leitsatz)**

BGB §§ 437 Nr. 3, 280, 281

BGH, Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08 (OLG München, LG München I)<sup>1</sup>

### I. Rechtsgebiet und Problemstellung

#### 1. Einleitung und Sachverhalt

Kaum acht Jahre ist das reformierte Schuldrecht alt und schon gibt es „klassische“ Streitfragen. Die hier erstmals vom BGH behandelte Frage nach der Behandlung des mangelbe dingten Nutzungsausfallschadens<sup>2</sup> ist ein solcher Klassiker.

Dem Urteil lag (vereinfacht) folgender Fall zugrunde. Der Kläger (K) kaufte vom Verkäufer (V) ein Grundstück, dessen Bebauung als Verlagshaus (Bürohaus und Lager) genutzt wurde. Der Grundstückskaufvertrag enthielt die „Garantie“ des Verkäufers, die gegenwärtige Nutzung und Bebauung des Grundstücks seien formell und materiell bauordnungsgemäß. K wollte das Grundstück an einen Interessenten (M) vermieten. Der noch nicht von K, aber im Juli 2004 von M bereits unterschriebene Mietvertrag sah eine Mietdauer von zehn Jahren und einen monatlichen Mietzins von 9.000,- € ab 1.1.2005 vor, ferner garantierte er die Nutzung in der bisherigen Weise.

K bemühte sich seit Juni 2004 bei der zuständigen Behörde um ein Negativattest (Bestätigung des Nichtvorliegens einer Wohnraumzweckentfremdung). Er blieb erfolglos, denn für die Nutzung des Rückgebäudes als Büroräume lag keine Baugenehmigung vor. K unterschrieb den Vertrag mit M daher zunächst nicht, sondern forderte B unter Fristsetzung zur Beibringung von Unterlagen für Negativattest und Baugenehmigung auf. Dem kam B fristgerecht nach. Ende September, resp. Oktober 2004 lagen Negativattest und Baugenehmigung vor, jedoch kam dann der Vertrag mit M nicht mehr zustande. K vermietete das Gebäude ab dem 1.1.2005 anderweitig zu einem Mietzins von monatlich 7.000,- €.

K fordert von B Schadensersatz in Höhe des bisherigen Mietmindererlöses (ca. 68.000,- €) sowie Feststellung, dass B zum Ersatz weiterer aus dem Nichtzustandekommen des Vertrages mit M entstehender Schäden verpflichtet ist. Die Vorinstanzen gaben der Klage im Wesentlichen nicht statt. Die Revision des K hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

<sup>1</sup> <http://www.bundesgerichtshof.de/> (abrufbar am 28.9.2009) = NJW 2009, 2674 = BB 2009, 1939 (1942) zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.

<sup>2</sup> In entsprechenden Fallgestaltungen auch bekannt unter dem Unterbegriff Betriebsausfallschaden.

#### 2. Abgrenzung der Problemstellung

In der Kategorie des Nutzungsausfallschadens geht es um Fälle, in denen dem Käufer ein Schaden dadurch entsteht, dass er die mangelhafte Kaufsache nicht nutzen kann – um die Differenz zwischen der bei mangelfreier Kaufsache erzielbaren und der ob ihrer Mangelhaftigkeit tatsächlich erzielten Nutzung.<sup>3</sup>

Nicht erfasst von der Problematik des vorliegenden Urteils ist der Zeitraum *nach fruchtlosem Ablauf* einer vom Käufer gesetzten Nachfrist. Dann ist der Verkäufer mit der Erfüllung seiner Nacherfüllungspflicht im Verzug (und hat dies typischerweise zu vertreten), so dass Schäden auf der Grundlage der §§ 437 Nr. 3, 439, 280 Abs. 1, 2, 286 BGB zu ersetzen sind.<sup>4</sup> Ähnliches dürfte – obwohl nicht in demselben Maße unbestritten<sup>5</sup> – für den Zeitraum *ab Nachfristsetzung* gelten. Ist die Nachfristsetzung hinreichend bestimmt im Hinblick auf Mangel und Leistungsaufforderung, so ist sie zugleich Mahnung.<sup>6</sup>

Nicht erfasst sind ferner Fälle, in denen die mangelhafte Kaufsache nicht (nur) zu einem Vermögensschaden, sondern (auch) zu Schäden an absoluten Rechten des Käufers geführt hat. In diesen Fällen können deliktische Ansprüche (§§ 823 ff. BGB) oder Ansprüche wegen einer Schutzpflichtverletzung (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) gegeben sein.<sup>7</sup>

#### 3. Rückblick

Weder die Problematik noch die Entscheidung sind ohne Vorfahren. Das alte Kaufrecht hatte den Nutzungsausfallschaden als „Mangelschaden“ eingeordnet, der unter den strengen Voraussetzungen der §§ 463, 480 Abs. 2 BGB ersatzfähig war<sup>8</sup>; ihm gegenüber standen die „Mangelfolgeschäden“, die nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung zu ersetzen waren. Die Abgrenzung der Mangel- und Mangelfolgeschäden war streitig und bis zuletzt nicht allseits befriedigend gelöst.<sup>9</sup> Außer den unterschiedlichen Voraussetzungen lagen noch die unterschiedlichen Verjährungsfristen (pFV 30 Jahre, Gewährleistungsrecht 6 Monate) in der Waagschale. Zum alten Werkvertragsrecht hingegen hatte der BGH entschieden, dass Folgeschäden des Werkmangels nach den Grundsätzen der positiven Forde-

<sup>3</sup> Gruber, ZGS 2003, 130 (133).

<sup>4</sup> Eine solche Konstellation findet sich bei OLG Hamm, Urt. v. 23.2.2006 – 28 U 164/05 (Juris), Rn. 22 ff.

<sup>5</sup> Wie hier etwa Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 280 Rn. 59; ebenso auch BT-Drs. 14/6040, S. 138 für § 281 BGB.

<sup>6</sup> Sind danach aufgrund von fruchtlosem Ablauf der Nacherfüllungsfrist oder Mahnung an die Leistungsverzögerung geknüpfte Schadensersatzansprüche zu bejahen, so treten sie im Wege der Anspruchskonkurrenz neben den im Folgenden zu entwickelnden einfachen Schadensersatzanspruch nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB.

<sup>7</sup> S. Teichmann/Weidmann, in: Festschrift für Walther Hadding zum 70igsten Geburtstag, 2004, 287 (300).

<sup>8</sup> Vgl. etwa BGHZ 77, 215 = NJW 1980, 1950.

<sup>9</sup> Vgl. Medicus, JuS 2003, 521 (525, 527 f.).

rungsverletzung ersetzt werden, ohne dass es der Voraussetzungen der §§ 325 f., 635 BGB a.F. bedurfte.<sup>10</sup> Die Gegenüberstellung der aktuellen Problematik mit der des alten Schuldrechts ist lohnend, soll aber hier mit Blick auf den zur Verfügung stehenden Raum und die Zwecke der Zeitschrift unterbleiben.<sup>11</sup>

## II. Kernaussagen

### 1. Hinführung

Der von K begehrte Ersatz des Nutzungsausfallschadens ist Schadensersatz *neben* der Leistung, denn er bleibt auch bei Nachholung der mangelfreien Leistung bestehen. Schadensersatz *statt* der Leistung hingegen ist derjenige Schaden, der bei einem endgültigen Ausbleiben der Leistung folgt und an die Stelle der Leistung tritt.<sup>12</sup> Im vorliegenden Fall betrifft der Schadensersatz neben der Leistung wie der statt der Leistung das Äquivalenzinteresse.<sup>13</sup> Der Unterschied besteht darin, dass ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung das Äquivalenzinteresse vollständig abdecken würde, während mit einem Schadensersatzanspruch neben der Leistung nur ein Teilaspekt des Äquivalenzinteresses (die durch die Mangelhaftigkeit zeitweise beeinträchtigte Nutzungsmöglichkeit) betroffen ist.

Schadensersatzvoraussetzungen, die der BGH gar nicht mehr ausdrücklich prüft, sind der Mangel und das Vertretenmüssen: Ein Mangel der Kaufsache liegt vor (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB), denn mangels Baugenehmigung war die Bebauung nicht – wie ausdrücklich vereinbart – formell bauordnungsgemäß. Dies hatte B zu vertreten, da er diese Eigenschaft „garantiert“ hatte (§§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 1 S. 1 BGB).

Mögliche Anspruchsgrundlagen des Schadensersatzes neben der Leistung sind hier §§ 437 Nr. 3, 433, 280 Abs. 1 BGB (einfacher Schadensersatz) und §§ 437 Nr. 3, 433, 280 Abs. 1, 2, 286 BGB (Verzögerungsschadensersatz). Welcher Schadensersatzanspruch für den mangelbedingten Nutzungsausfallschaden einschlägig ist, wird in Schrifttum und Rechtsprechung kontrovers diskutiert. Vertreter der *Theorie des Verzugsschadensersatzes* sehen in der mangelhaften Leistung eine Verspätung der mangelfreien Leistung.<sup>14</sup> Eine Unterspielart dieser Theorie geht zwar grundsätzlich vom Erfordernis der In-Verzug-Setzung aus, kommt aber praktisch zu demselben Ergebnis wie die Gegenmeinung (einfacher Scha-

densersatz), weil sie die verzugbegründende Mahnung regelmäßig nach der Auffangvorschrift des § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB für entbehrlich hält.<sup>15</sup> Nicht nur zahlenmäßig überlegen sind die Vertreter der *Theorie des einfachen Schadensersatzanspruchs*.<sup>16</sup> Für sie ist Verzögerungsschaden nur der, der *allein* auf der Verzögerung beruht.<sup>17</sup> In einer Gesetzesauslegung nach dem klassischen Kanon schließt sich der BGH ihr an:

### 2. Wortlaut

Der Wortlaut (der §§ 280, 286, 433 ff. BGB) ist wenig ergiebig. Der BGH gesteht zu, dass auch eine Interpretation der mangelhaften Leistung als verspätete mangelfreie Leistung möglich ist: Rein begrifflich und strukturell stellt jede Schlechtleistung eine Verzögerung mit der mangelfreien Leistung dar.<sup>18</sup> Um auf die Gleichstellung von temporärer und qualitativer Nichtleistung zu schließen, genügt dies indes nicht, es bedarf weiterer und wertender Gesichtspunkte.

### 3. Historie

Die Gesetzesgeschichte ist ergiebiger. Der Schuldrechtsreformgesetzgeber wortwörtlich: „Liefert der Verkäufer [...] beispielsweise schuldhaft eine mangelhafte Maschine und verzögert sich deswegen deren Inbetriebnahme, so ist der Betriebsausfallschaden unabhängig von den weiteren Voraussetzungen des Verzugs unmittelbar nach § 280 Abs. 1 [...] zu ersetzen“.<sup>19</sup>

### 4. Systematik

Auch der Systematik lässt sich ein Argument entlocken: § 437 Nr. 3 BGB verweist u.a. auf §§ 280, 281, 283, 284, 311a BGB, gerade nicht auf § 286 BGB. Indirekt ist § 286 BGB von dem Verweis erfasst (über § 280 Abs. 2 BGB), aber eine solche indirekte Verkettung besteht auch für die explizit genannten §§ 281, 283, 284 BGB. Der Gesetzgeber sah den Verzug also gerade nicht als Folge einer mangelhaften Leistung.<sup>20</sup>

<sup>10</sup> BGH NJW 2002, 816 f.; hierzu BGH, Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, Rn. 18.

<sup>11</sup> Zur stärkeren Beleuchtung der Problematik vor dem Hintergrund des alten Schuldrechts s. etwa *Petersen*, Jura 2002, 461 ff.; *Schur*, ZGS 2002, 243; *Medicus*, JuS 2003, 521; *Canaris*, ZIP 2003, 321.

<sup>12</sup> *Lorenz*, NJW 2005, 1889 (1891). Von Schadensersatz *statt* der Leistung war offensichtlich das Berufungsgericht ausgegangen, vgl. BGH, Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, Rn. 6.

<sup>13</sup> Und nicht das Integritätsinteresse, s.o. I. 3.

<sup>14</sup> Vgl. die umfangreichen Nachw. in BGH, Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, Rn. 10 sowie die im Folgenden in Bezug Genommenen. Aus der Ausbildungsliteratur s. nur *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 33. Aufl. 2009, § 4 Rn. 106.

<sup>15</sup> *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (755); *Teichmann/Weidmann* (Fn. 7), 287 (300 f.); *Dauner-Lieb*, in: Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, 2006, 63 (81 f.).

<sup>16</sup> Vgl. die kaum übersehbaren Nachw. in BGH, Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, Rn. 11 (wobei nicht wenige der Genannten deklaratorisch bleiben) sowie die im Folgenden in Bezug Genommenen.

<sup>17</sup> *Lorenz*, LMK 2009, 286449, sub 2. b.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, Rn. 13; s.a. *Dauner-Lieb* (Fn. 15), 63 (70, 80).

<sup>19</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 225. Hierauf stützt sich der BGH (Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, Rn. 14).

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, Rn. 15. Freilich ist der Verzugsschadensersatz relevante Anspruchsgrundlage in der benachbarten (und wohl häufigeren) Fallkonstellation – hierzu schon oben I. 3. –, dass die Nachfristsetzung erfolglos bleibt und der Verkäufer zwar nicht die ursprüngliche mangelhafte Leistung, aber die ausbleibende oder ungenügende

Ein daran anknüpfendes, vom BGH nicht aufgegriffenes Argument bezieht sich auf die sog. Erfüllungstheorie: Während nach altem Schuldrecht der Verkäufer seine Hauptleistungspflicht mit einer mangelhaften Leistung erfüllte und der Gläubiger auf das Gewährleistungsrecht verwiesen wurde (sog. Gewährleistungstheorie), ist nach neuem Schuldrecht die Sachmangelfreiheit Hauptleistungspflicht geworden.<sup>21</sup> Auf den ersten Blick wäre der Käufer bei einer mangelhaften Leistung also auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht verwiesen, weil der ursprüngliche Anspruch auf die Hauptleistung fortbesteht. Dies ist aber gerade nicht das Konzept des aktuellen Sachmängelgewährleistungsrechts. Es geht davon aus, dass sich der Erfüllungsanspruch in den Nacherfüllungsanspruch wandelt und verweist über den Umweg des § 437 BGB in das allgemeine Leistungsstörungenrecht. Eine Anwendung des § 286 BGB auf die ursprüngliche Erfüllungspflicht nach Gefahrübergang verkennt diesen Zusammenhang.<sup>22</sup>

##### 5. Fehlende Vergleichbarkeit von mangelhafter und verspäteter Leistung

Teleologischer Art sind die Argumente zur fehlenden Vergleichbarkeit der Interessenlagen der Gläubiger eines nichtleistenden und eines schlechtleistenden Schuldners. Insbesondere widerlegen diese Argumente das a priori bestechende und ad nauseam angeführte Schlechterstellungsargument der Befürworter des Verzugserschadensersatzes: Bei einer Lösung über den einfachen Schadensersatzanspruch würde der immerhin mangelhaft leistende Verkäufer schlechter gestellt als der überhaupt nicht leistende Verkäufer, weil letzterer nur unter den strengeren Voraussetzungen des Verzugs schadensersatzpflichtig sei. Das Schlechterstellungsargument unterstellt jedoch eine Ähnlichkeit der Situationen, die nicht besteht.

Der Gläubiger des verspätet leistenden Schuldners kann, um Schaden von sich abzuwenden und die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung zu schaffen, von vornherein einen Termin nach dem Kalender für die Leistung bestimmt haben (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Ist ein Termin nicht festgelegt worden, ist das Ausbleiben der Leistung gleichwohl leicht und rasch feststellbar, so dass einer baldigen Mahnung (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB) nichts entgegensteht.

Der Gläubiger des schlecht leistenden Schuldners hingegen kann nicht über das Mahnungssurrogat des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB den automatischen Eintritt der Verzugsvoraussetzungen herbeiführen. Den Vertretern der Verzögerungsschadenstheorie ist hier entgegenzuhalten, wie wenig die Instrumente der Mahnung und Terminsbestimmung zur gegebenen

Situation passen<sup>23</sup>. Eine Mahnung soll den Verkäufer warnen und ihm die Dringlichkeit der rechtzeitigen Leistung vor Augen führen, daher bedarf es keiner Mahnung, wenn ein Termin für die Leistung festgelegt ist (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Wie aber sollte eine Terminsbestimmung den Verkäufer „warnen“, eine mangelfreie Leistung zu erbringen?<sup>24</sup> Auch könnte so die skurrile Situation entstehen, dass der Verkäufer in Verzug gerät, ohne es zu wissen, weil ihm der Mangel unbekannt war.<sup>25</sup> Der Verkäufer wäre ab Übergabe der Kaufsache im Verzug – in einem Zeitpunkt also, indem nicht nur regelmäßig der Mangel noch nicht entdeckt wurde, sondern auch stets der Käufer sein Wahlrecht über die Art der Nacherfüllung noch nicht ausgeübt hat, so dass die Leistungspflicht, mit der der Verkäufer im Verzug ist, nicht hinreichend konkretisiert ist.<sup>26</sup>

Ebenso unsinnig wäre eine *vorsorgliche* Anmahnung der Mangelfreiheit (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB), denn eine Mahnung muss – um die Warnfunktion erfüllen zu können – hinreichend bestimmt sein. Eine pauschale vorsorgliche Anmahnung vor Feststellung irgendeines Mangels wäre nicht hinreichend bestimmt.<sup>27</sup>

Stellt man auf eine *konkrete* Mahnung der Mangelfreiheit ab (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB), ist zu bedenken, dass diese Pflichtverletzung nicht so schnell und einfach zu identifizieren ist wie eine Verspätung. Erst wenn die Druckmaschine aufgestellt, eingerichtet und in Betrieb genommen ist, zeigt sich, dass sie die Papierbögen zerreißt; erst als K das Negativattest nicht erlangen konnte, zeigte sich, dass es an einer Baugenehmigung fehlte. Nur zu häufig kann der Gläubiger dann einen mangelbedingten Nutzungsausfallschaden nicht mehr abwenden.<sup>28</sup> Die Möglichkeiten des Käufers, sich vor dem aus der Pflichtverletzung entstehenden Schaden durch Mahnung oder eines ihrer Surrogate zu schützen (leicht und früh bei der Nichtleistung, schwierig und oft zu spät bei der Schlechtleistung), unterscheiden sich deutlich. Der mangelhaften Leistung kann daher ein größeres Gefahrpotential innewohnen als der verspäteten Leistung.<sup>29</sup>

Andere wollen § 286 Abs. 1 S. 1 BGB teleologisch reduzieren.<sup>30</sup> Ist damit der völlige Verzicht auf eine Mahnung gemeint, so muss gefragt werden, weshalb hier überhaupt noch der Weg über den Verzögerungsschadensersatz verfochten wird.

<sup>23</sup> Selbst sie geben zu, dass es „geradezu unsinnig [wäre], von dem Empfänger [...] eine Mahnung gem. § 286 Abs. 1 S. 1 zu verlangen“ – so *Teichmann/Weidmann* (Fn. 7), 287 (301).

<sup>24</sup> Wie hier *Döll/Rybak*, Jura 2005, 582 (584); s.a. *Canaris*, ZIP 2003, 321 (326).

<sup>25</sup> *Ernst* (Fn. 5), § 280 Rn. 56; *Döll/Rybak*, Jura 2005, 582 (584).

<sup>26</sup> *Ernst* (Fn. 5), § 280 Rn. 56.

<sup>27</sup> *Ernst* (Fn. 5), § 280 Rn. 57; *Döll/Rybak*, Jura 2005, 582 (585); außerdem könnte auch hier der Verkäufer unwissentlich in Verzug geraten.

<sup>28</sup> So schon der BGH zum Werkvertragsrecht vor Schuldrechtsreform (NJW 2002, 816 Rn. 7).

<sup>29</sup> Vgl. *Medicus*, JuS 2003, 521 (528).

<sup>30</sup> *Teichmann/Weidmann* (Fn. 7), 287 (302).

Nacherfüllung zu vertreten hat, §§ 437 Nr. 3, 439, 280 Abs. 1, 2, 286 BGB (vgl. *Lorenz*, LMK 2009, 286449, sub 3.).

<sup>21</sup> *Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 433 Rn. 89.

<sup>22</sup> *Döll/Rybak*, Jura 2005, 582 (584).

Ein weiteres Argument möchte der BGH<sup>31</sup> aus dem unterschiedlichen Konkretisierungsgrad der Pflichten zur mangelfreien und zur rechtzeitigen Leistung ableiten. Erstere ist ausdrücklich im Gesetz niedergelegt, durch den Vertrag und § 434 BGB genau beschrieben und bedarf keiner weiteren Konkretisierung (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). Zweitere ist (wenn keine Leistungszeit bestimmt ist) jedoch erst *auf Verlangen* des Gläubigers sofort fällig (§ 271 Abs. 1 BGB).

Aus entsprechenden Gründen kann auch der Weg über den Auffangtatbestand der Mahnungssurrogate – § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB<sup>32</sup> – nicht überzeugen: Der Auffangtatbestand soll als Ausformung des Gedankens von Treu und Glauben den Nr. 1-3 ähnlich gelagerte Fälle mit entsprechendem Schutzbedürfnis und Interessen der Parteien erfassen, in denen sich aus Inhalt oder Umständen des Vertrages ergibt und für den Schuldner erkennbar ist, dass nur eine sofortige Leistung dem Gläubigerinteresse entspricht.<sup>33</sup> Der vorliegende Fall aber ist Nr. 1-3 gänzlich unähnlich, die Verpflichtung zur Mängelfreiheit ist klar und evident und gestaltet sich im Hinblick auf das Zeitmoment anders als die Verpflichtung zur rechtzeitigen Leistung.

#### 6. Angemessenheit der Haftungsrisiken

Teleologischer Art ist auch die Frage nach der angemessenen Haftungsverteilung – wird der Verkäufer überfordert, wenn Nutzungsausfallschadensersatz bei Vorliegen eines zu vertretenden Mangels ohne weitere Voraussetzungen verlangt werden kann? Erste Reaktionen auf das Urteil wollen bereits „erhebliche Haftungsrisiken“ für den Verkäufer erkannt haben.<sup>34</sup> Der BGH sieht die Interessen des Verkäufers hinreichend geschützt:

Hier ist zum einen auf die Schadensminderungsobliegenheit des § 254 BGB hinzuweisen – „Nichtstun“ des Gläubigers verhindert zwar nicht die Entstehung des Schadensersatzanspruchs (weil keine Mahnung erforderlich ist), aber jede Erhöhung des Schadens ob seiner Untätigkeit mindert ihn.<sup>35</sup> Die mit § 254 BGB erzielbare Feinsteuerung der Beiträge beider Seiten ist ausgewogener als die primär binäre, auf Bejahung oder Verneinung gerichtete Entscheidungsmöglichkeit zwischen dem Vorliegen und dem Fehlen der Verzugsvoraussetzungen.<sup>36</sup> Selbst das Mahnungserfordernis darf nicht mit einem absoluten Schutz vor Schadensersatzpflicht verwechselt werden (der Schuldner kommt ab Wirksamkeit der Mahnung in Verzug, ohne dass es einer Schonfrist zur

Leistungserbringung bedürfte), es soll ihm nur die Gelegenheit geben, den Schaden möglichst gering zu halten.<sup>37</sup> Ähnliche Ergebnisse können über § 254 BGB erzielt werden.

Ferner soll den Verkäufer das Verschuldenserfordernis (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) schützen.<sup>38</sup> Zwar obliegt es dem Verkäufer, die Vermutung des Vertretensvermögens zu widerlegen, aber Fahrlässigkeit wird ihm in vielen Standardsituationen nicht vorgeworfen: nicht, wenn der Nicht-Hersteller/Verkäufer die Ware vor Weitergabe an den Käufer nicht untersucht und nicht über § 278 BGB bei Verschulden seiner Lieferanten.<sup>39</sup> Freilich greift dieser „Ausgleich“ nur im Regelfall und nicht im vorliegenden. Nicht nur, dass B kein Waren weiterverkaufender Händler, dieser Rechtsprechungsstrang also nicht übertragbar ist. Vor allem hat B eine Garantie abgegeben (Fall des niedrigen Haftungsmaßstabs, § 276 Abs. 1 S. 1 BGB).

#### 7. Revisionsurteil

Ob hier die Voraussetzungen des Verzugs vorlagen, lässt der BGH daher offen.<sup>40</sup> Da zu anderen, hier nicht behandelten Fragen des Falles (Weshalb wurde der Vertrag mit M im Oktober 2004 nicht geschlossen?<sup>41</sup> Steht B die Verjährungseinrede zu?) Feststellungen des Berufungsgerichts fehlten, konnte der BGH nicht selbst entscheiden, sondern verwies an das Berufungsgericht zurück.

### III. Würdigung und Examensrelevanz

Weshalb dem Urteil des BGH in Begründung und Ergebnis zuzustimmen ist, wurde unter II. deutlich. Die mittlerweile wohl herrschende Meinung und der BGH erreichen so ein ausgewogenes Ergebnis und vermeiden die Probleme der – von einigen ihres Inhalts entleerten, von anderen unter Hinnahme inadäquater Belastung des Käufers geforderten – Verzugsvoraussetzungen.

Das Urteil löst die Probleme des Nutzungsausfallschadens und schafft mehr Klarheit in den Schadensarten des neuen Schuldrechts. Die in der vorhergehenden Diskussion bemühten Dichotomien alten Rechts wie Mangelschaden/Mangelfolgeschaden<sup>42</sup>, enger/weiter Mangelfolgeschaden und (auch) des neuen Rechts wie negatives/positives Interes-

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, Rn. 18 unter Berufung auf *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (756).

<sup>32</sup> So etwa *Teichmann/Weidmann* (Fn. 7), 287 (301 f.).

<sup>33</sup> *Löwisch/Feldmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 286 Rn. 87; *Unberath*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand 1.2.2009, § 286 Rn. 37.

<sup>34</sup> So etwa *Wenner/Saueressig*, BB 2009, 1942. Vgl. dort (S. 1943) auch für Ausführungen und zahlr. Nachw. zur (regelmäßig zu verneinenden) Frage der Möglichkeit des Haftungsausschlusses/der Haftungsbegrenzung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

<sup>35</sup> *Lorenz*, LMK 2009, 286449, sub 2. c.

<sup>36</sup> *Ernst* (Fn. 5), § 280 Rn. 58; *Gruber*, ZGS 2003, 130 (134).

<sup>37</sup> Vgl. schon *Dauner-Lieb* (Fn. 15), 63 (82) (allerdings von der Warte derjenigen, die auf den Verzögerungsschadensersatz abstellen).

<sup>38</sup> BGH, Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, Rn. 19 f.

<sup>39</sup> BGHZ 177, 224.

<sup>40</sup> Die im bislang allein veröffentlichten Revisionsurteil dieses Falles angegebenen Teile des Tatbestands genügen nicht für eine Beurteilung, sie soll daher hier unterbleiben.

<sup>41</sup> Die Revision hatte in mehrfacher Hinsicht die Kausalität von Pflichtverletzung und Schaden angezweifelt. Dadurch, dass K „freiwillig“ den Vertrag mit M nicht schloss, dürfte der Kausalzusammenhang nicht durchbrochen worden sein. Denn da mit dem Abschluss des – eine Garantie enthaltenden – Mietvertrages einhergehende Haftungsrisiko des K gegenüber M ist rechtfertigender Anlass genug – vgl. BGH, Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, Rn. 21.

<sup>42</sup> Vgl. etwa *Gruber*, ZGS 2003, 130 (131 f.) (Lösung 1).

se<sup>43</sup>, Äquivalenzinteresse/Integritätsinteresse haben bei der Abgrenzung von einfachem Schadensersatz und Verzögerungsschadensersatz<sup>44</sup> nur begrenzt Erfolg gezeitigt. Das Urteil des BGH setzt den bislang als unzureichend empfundenen Vollzug der Integration des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht fort.<sup>45</sup> Es stärkt das Verständnis, wonach Verzögerungsschaden nur der Schaden ist, der *allein* durch die Verzögerung mit der Leistung ausgelöst wurde, während einfacher Schadensersatz für diejenigen Schäden verlangt werden kann, die nicht allein hierauf zurückzuführen sind, sondern auf einer weitergehenden oder andersartigen Pflichtverletzung beruhen.<sup>46</sup> Eindimensional wird die Abgrenzung der drei Absätze des § 280 BGB dadurch nicht – zeitliche Aspekte (endgültiges Ausbleiben der Leistung?), die ursachenorientierte (Charakter der Pflichtverletzung) und die rechtsfolgenorientierte Betrachtung wirken zusammen.

Die Examensrelevanz der Entscheidung ist als besonders hoch einzustufen. Wie stets wird hier die Kenntnis des Leitsatzes keinen Erfolg garantieren (und umgekehrt), auch nicht die Wiedergabe der „Obersätze“ der Theorien – erst die Argumentation zeigt Fertigkeit. Klausuren aller Ausbildungsstufen – vom Erstsemester bis zum Referendar – können mit der Problematik bereichert werden. Sie ist recht leicht in Sachverhalte einzubauen und gut kombinierbar mit anderen Problemen. Ausführungen der Klausurbearbeiter können fünf Zeilen oder fünf Seiten füllen, sich aus einem gut gefüllten Argumentensack bedienen und in beinahe beliebiger Tiefe und Breite ihr Verständnis des Schuldrechts demonstrieren – ein gutes Feld für die Notendifferenzierung.

*Wiss. Assistentin Dr. Katharina Hilbig, Göttingen*

---

<sup>43</sup> Vgl. etwa Gruber, ZGS 2003, 130 (132 f.) (Lösung 2).

<sup>44</sup> Wie auch zwischen den Konzepten Schadensersatz statt und neben der Leistung.

<sup>45</sup> Vgl. Dauner-Lieb (Fn. 15), 63 (71).

<sup>46</sup> Grundlegend Canaris, ZIP 2003, 321 (323, 326 f.).